

Duas percepções da justiça nas Américas: Prudencialismo e Legalismo

Rafael Ruiz*

Resumo

A presente comunicação é o começo da pesquisa de um projeto aprovado pela FAPESP com o programa de auxílio a Jovem Pesquisador para ser realizado nos próximos quatro anos.

O objetivo da pesquisa é mostrar que a colonização da América, durante os séculos XV, XVI, XVII e meados do XVIII, esteve marcada por uma visão prudencialista ou probabilística do direito, muito diferente da visão legalista ou sistêmica da última metade do XVIII e XIX. Essa visão levou a uma prática judiciária de análise e solução dos conflitos de forma circunstanciada, caso a caso, baseada em outros princípios que não a lei, como os usos e costumes e a opinião dos doutores.

Se a hipótese for consistente, parece-me que seria conveniente, para os estudos realizados sobre a história da América entre os séculos XV e XVIII utilizar novas categorias de interpretação que nos permitam entender melhor os espaços de negociação, tensão e conflito nas Américas.

Introdução: o debate historiográfico

Há uma linha historiográfica sobre a colonização que tende a olhar para a mesma considerando-a principalmente como um processo bipolar, com um par de categorias claramente definidas: metrópole/colônia¹.

Parece-me que a recente obra de Laura de Mello e Souza, *O sol e a sombra. Política e administração na América portuguesa do século XVIII*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006, traz, no seu Capítulo 1, uma análise detalhada das tendências historiográficas sobre a colonização, principalmente nas extensas páginas dedicadas à perspectiva de António Manuel Hespanha. Esta interpretação, parece-me

* Doutor em História Social pela USP. Professor Adjunto da Universidade Federal de São Paulo. rafael.ruiz@unifesp.br.

¹ Essa afirmação não significa, evidentemente, que essas categorias não sejam relevantes para o estudo e análise da colonização, visto tratar-se de uma das suas principais dimensões. Quero significar com isso algo que, parece-me, segue na mesma linha do apontado por Laura de Mello e Souza: “combinar análises específicas e enquadramentos gerais, bem como problematizar e questionar modelos explicativos” (*O sol e a sombra. Política e administração na América portuguesa do século XVIII*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006, p. 75)

dominante na historiografia brasileira, pelo menos a partir da obra de Fernando Novais, *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial*, Hucitec, São Paulo, 1979.

As categorias interpretativas dessa corrente podem ser identificadas como “Estado”, “poder absoluto” ou “poder centralizado”, “centralização” e “viver em colônia”. De maneira geral, a moldura institucional sobre a qual se realiza a interpretação desses historiadores poderia ser resumida da seguinte forma: um Estado forte, centralizado e institucionalizado, com uma legislação homogênea e coativa sobre todos os habitantes de um mesmo território e uma relação de centro/periferia com uma hierarquia rígida e centralizada.

Como a própria Laura de Mello e Souza já advertira no seu livro *Desclassificados do ouro. A pobreza mineira no século XVIII*, publicado em 1982², podemos encontrar dois grandes pensadores dentro da construção do que estou denominando de “visão sistêmica”: Raymundo Faoro, que via o Estado “como um sistema coeso e racional em que o rei –senhor de tudo, das atribuições e incumbências- a tudo provia; a administração portuguesa reduzia o funcionário colonial à dimensão de mera sombra”³. Dentro dessa perspectiva, a crítica de Faoro seria coerente quando afirmava que o Estado seria algo alheio, estranho, distante da sociedade, amputando todos os membros que resistissem ao domínio”⁴.

O outro autor, de certa forma pai fundador dessa visão sistêmica, era Caio Prado Jr., quem sugeria a imagem de um sistema assentado na confusão, na irracionalidade e transposto para o Brasil devido à falta de imaginação que, nos administradores portugueses, aliou-se à incapacidade de criar algo novo para a colônia americana⁵. Também dentro dessa perspectiva seria coerente a crítica de Prado Jr. sobre o fato de não existir senão uma enorme quantidade de cartas de leis, alvarás, provisões, ordens para reger a vida da colônia, nunca se cogitando o entrosamento entre as partes, as leis sendo muitas vezes –como no caso das medidas fiscais- criadas ao sabor das circunstâncias⁶.

² MELLO E SOUZA, Laura de, *Desclassificados do ouro. A pobreza mineira no século XVIII*, Rio de Janeiro, Graal, 1982.

³ *Idem*, p. 92.

⁴ *Ibidem*.

⁵ MELLO E SOUZA, Laura de, *op. cit.*, p. 93-94.

⁶ *Ibidem*.

Há uma outra tendência⁷, dentro da qual se desenvolve este Projeto, que tende a olhar para o mesmo processo de colonização como algo realizado dentro de um molde institucional tão diferente daquele apontado pela oposição metrópole/colônia, que as interpretações que poderiam ser elaboradas sobre a colonização são ou bem opostas ou bem muito diferentes daquelas que podem ser elaboradas a partir da primeira tendência citada.

Esse molde institucional, que se estenderia dos séculos XV até meados do XVIII, poderia ser caracterizado como um Império que congregava diferentes reinos, províncias e cidades capitais com poderes políticos de maior ou menor hierarquia, com uma legislação diferente, aplicada diferentemente para cada um dos reinos, províncias e cidades, de maneira que se podia falar de um Império uno e heterogêneo.

A lógica que preside a visão sistêmica são as categorias de “racionalidade” e “irracionalidade”, “utilidade” e “inutilidade”, “obediência” e “resistência”. Não que essas categorias estejam erradas, apenas que, como aponta o historiador do Direito, Victor Tau Anzoátegui, essas categorias só poderiam ser aplicadas ao mundo colonial a partir de 1750, quando os Estados ibéricos passariam por uma reforma ilustrada e racionalista. Antes disso e, portanto, para o longo período colonial que vai dos séculos XV à metade do XVIII, a lei não era a lei tal como a entendemos hoje, uma lei cogente para todos dentro de um mesmo território, nem pretendia moldar racionalmente a realidade; o direito não era o direito tal como o entendemos hoje, um conjunto sistemático e coerente de normas subordinadas umas às outras, dentro de um marco constitucional, e o costume não era o costume tal como o entendemos hoje, uma praxe social ao arrepio da lei.

O meu projeto pretende analisar esses conceitos (lei, direito e costume) dentro de uma perspectiva prudencialista, que regia a vida política, jurídica e a administração da justiça desde o começo da colonização até meados do XVIII. Se a minha hipótese for comprovada, parece-me que poderia contribuir a dar uma resposta às indagações mais recentes que estão sendo realizadas nessa direção dentro da História da América.

⁷ Nesse sentido, considero a obra de Victor Tau Anzoátegui, *Casuísmo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, uma tese inserida dentro dessa tendência e que, de certa forma inspirou este meu projeto. Da mesma maneira, a obra de Paolo Prodi, *Uma história da Justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2005 e a obra de Sílvia Lara e Joseli Maria Nunes Mendonça, *“Direitos e Justiças no Brasil”*, Editora Unicamp, Campinas, 2006.

Nesse sentido, Sílvia Hunold Lara e Joseli Maria Nunes Mendonça, no seu recente livro *“Direitos e Justiças No Brasil”*, referem-se ao crescente interesse, para a História social, dos aspectos referentes *“à definição e aplicação das leis, à composição e funcionamento das instituições judiciárias, à atuação de profissionais da justiça (advogados, juízes) à definição de doutrinas”* e –especificamente para o que diz respeito a este Projeto- explicam que *“o direito, o justo, o legal e o legítimo (...) formam campos conflituosos, constitutivos das próprias relações sociais: campos minados pela luta política, cujos sentidos e significados dependem das ações dos próprios sujeitos históricos que os conformam”*⁸. Da mesma forma, no seu livro *O sol e a sombra*, Laura de Mello e Souza comenta nas suas “Considerações Finais” que diante dos recentes estudos históricos há muitos questionamentos com relação às hipóteses mais tradicionais levantadas por Caio Prado Jr. e Fernando Novais, e conclui que ainda há “poucas respostas”.

A questão que o historiador deveria fazer-se para encontrar algumas respostas seria: se as categorias próprias da visão sistêmica não são aplicáveis ao mundo colonial antes de meados do XVIII, quais seriam as categorias que estariam na base da visão prudencialista? Essa é a questão que fundamenta a minha pesquisa e que, se correta, parece-me que se abririam novas perspectivas na pesquisa dos estudos de História da América. Concretamente, parece-me que essas categorias poderiam ser: fatos, costumes, circunstâncias, proporção, medida e heterogeneidade.

Pretendo mostrar neste trabalho como essas categorias podem ser extraídas a partir da leitura e análise de quatro documentos, três de juristas de renome e influência no Império espanhol no fim do século XV, no começo do XVI e em meados do XVII, e um da Companhia de Jesus, também de meados do XVII, e como essas categorias poderiam permitir-nos adentrar nos processos e na dinâmica do mundo colonial com uma outra perspectiva.

Nesse sentido, dentro do Império espanhol e durante os primeiros 250 anos, teríamos uma heterogeneidade de leis e direitos, configurando não apenas a impossibilidade da sistematização e coerência do estatuto jurídico, mas facilitando e defendendo, para a aplicação e realização efetiva do direito, uma praxe judiciária onde não haveria necessidade nem seria conveniente essa sistematização e coerência.

⁸ Lara, Sílvia Hunold e Mendonça, Joseli Maria Nunes, *“Direitos e Justiças no Brasil”*, Editora Unicamp, Campinas, 2006, p. 11 e 13.

Teríamos também uma heterogeneidade de fontes do direito, onde a lei seria apenas mais uma das diferentes fontes e nem sempre a mais importante⁹. Isto permitiria que o trabalho dos juízes fosse baseado sobre uma decisão caso a caso e, portanto, as mais das vezes de maneira heterogênea e não homogênea. Dessa forma, o labor dos juízes seria uma tarefa prudencial e não lógico-dedutiva, porque não se tratava de enquadrar os fatos numa tipologia legal prévia, mas de encontrar a solução justa, nem sempre a lei, que se adequasse àqueles fatos.

A partir dessas categorias, seria perfeitamente possível, como aponta Antônio Manuel Hespanha em muitas das suas obras, derrogar na colônia o direito metropolitano em vista de uma mais perfeita realização da justiça, podendo desobedecer o regimento sempre que uma avaliação pontual do serviço real o justificasse. Por isso mesmo, não faria sentido criticar a Coroa pelo fato de editar leis “ao sabor das circunstâncias”, visto que precisamente essas, as circunstâncias, é que permitiam ao juiz estabelecer a justiça em cada caso concreto. Também não faria sentido algum estabelecer uma crítica de falta de ordem, sistematização e coerência, quando o ideal ilustrado de uma lei única para todos nem sequer se cogitava. Pensava-se sim em ordem, mas uma ordem dada pela proporcionalidade, e não pela lógica ou pela igualdade. Existiam muitas leis, sim, mas nem por isso caberia falar em irracionalidade ou contradição. Muito pelo contrário. As Câmaras municipais e os “Cabildos” foram agentes ativos na construção da sociedade colonial e, nesse sentido, foram criadores do direito, muitas das vezes não a partir da lei, mas por meio dos usos e costumes, que configuravam a prática cotidiana das relações sociais, jurídicas, econômicas e políticas das diferentes vilas e cidades.

Passo agora para a apresentação do texto *Apologia pro paulistis* (1684) e da obra de Paul Layman (1574-1635), um teólogo-jurista jesuíta, citado 17 vezes pelo autor da *Apologia* (o autor mais citado é o também jesuíta Francisco Suárez, apenas uma vez a mais, 18 vezes) e cuja obra já estava na sexta edição em 1677¹⁰.

⁹ Sobre o lugar que a lei ocupava, como fonte do direito, durante o período estudado neste Projeto, veja-se a obra de Paolo Prodi, *Uma história da justiça*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.

¹⁰ A obra, que tive oportunidade de consultar em latim, intitula-se *Theologia Moralis in quinque libros partita*, Editio Sexta, Joan Martius Schonwetteri, Bambergae, 1677.

A força dos costumes contra a lei

A *Apologia pro Paulistis* é um manuscrito de 24 folhas, conservado na Biblioteca Nacional, em Roma¹¹, que foi freqüentemente citado por diversos historiadores, particularmente da Companhia de Jesus. Seu conteúdo, no entanto, era apenas deduzido do seu título (não há transcrições ou estudos sobre o texto), que indica claramente seu conteúdo polêmico: “*Apologia em favor dos paulistas, na qual se prova que os habitantes de São Paulo e cidades vizinhas, ainda que não desistam da invasão dos índios do Brasil, nem restituam a liberdade aos mesmos índios, são capazes, no entanto, de confissão sacramental e absolvição*”. Trata-se de uma apologia e defesa dos paulistas, excomungados pelo breve papal de 1639, e que entraram nos dicionários europeus, já no século XVII, devido à sua fama de caçadores de índios.

A *Apologia* foi escrita em 1684. A data, escrita no verso do documento, está corroborada ademais por duas referências indiretas contidas no texto: uma alusão a João da Rocha Pita, “*senador e síndico*” de São Paulo, e os 45 anos transcorridos desde a promulgação de um diploma papal que não pode ser outro senão o breve *Commisum nobis*, de Urbano VIII, de 22 de abril de 1639, que ameaçava de excomunhão quem se opusesse à liberdade dos índios. Sua promulgação resultou em uma forte reação popular, no Rio de Janeiro e em São Paulo, que levou à expulsão dos jesuítas desta última capitania, para onde puderam voltar apenas no ano de 1653. O tema central da *Apologia pro Paulistis* concerne à discussão sobre a excomunhão e, logo, o impedimento de freqüentar os sacramentos, que havia atingido os habitantes da capitania de São Paulo após a promulgação do breve papal *Commisum nobis*, em 1640, e que ainda não havia sido levantada.

A análise deste documento foi realizada juntamente com Carlos Alberto de Moura Ribeiro Zeron e os seus resultados serão publicados em breve¹². Neste comunicado, interessa-me mostrar um dos argumentos usados na *Apologia*.

Para o seu autor, as leis reais que estabeleciam a liberdade dos índios não foram registradas pela Câmara municipal de São Paulo, condição sem a qual as leis não teriam força nem substância. Assim, para o autor, os paulistas nunca estiveram obrigados por tais leis. Portanto, as referidas leis não eram válidas. O costume dos paulistas, ainda que

¹¹ Biblioteca Nazionale Centrale Vittorio Emanuele, Fondo Gesuitico, 1249, 3, ff. 44-55.

¹² O artigo intitula-se *La fuerza de la costumbre, em la Capitanía de São Vicente, de acuerdo com la Apologia pro Paulistis (1684)* e será publicado no livro *Escrituras de la Modernidad. Los jesuítas entre cultura retórica y cultura científica*, a ser editado pela Universidad Iberoamericana de México.

estivesse contra aquelas leis, derogava-as completamente. É dentro desta lógica que o autor afirmara, previamente, que São Paulo era um “*reino*”, onde prevalecia o costume da terra. Nesse sentido ele citava Graciano: “*as leis são instituídas quando são promulgadas, e vigoram quando se comprovam com o uso dos costumes*”. A anterioridade do costume com relação às leis, e a contradição entre eles, enfraquecia o pacto ou a obrigação que vinculava aquele “*reino*” à monarquia portuguesa.

Um dos juristas mais citados pelo autor da *Apologia* é Paul Layman, jesuíta austríaco, cuja obra teológico-jurídica foi editada, na sua sexta edição, na cidade alemã de Bamberg. Layman expõe a opinião comum dos juristas de que a lei adquiria substância obrigatória dependendo da sua aceitação. Se uma lei não fosse aceita ou não fosse obedecida não era tida como lei. E para fundamentar a sua opinião, Layman apoiava-se justamente nesta passagem de Graciano, também citada na *Apologia pro paulistis*, onde se afirmava que “*as leis são instituídas quando são promulgadas, e vigoram quando se comprovam com o uso dos costumes*”. Para Layman, como para o autor anônimo da *Apologia*, as leis eram estabelecidas a partir da sua promulgação, mas só adquiriam vigor para obrigar depois que a maior parte, ou a parte mais digna do povo (os “*homens bons*”), as aceitavam através de um costume comprovado.

Esse foi o primeiro momento em que percebi que a minha hipótese poderia estar fundamentada não apenas nos juristas do século XVII como na praxe judiciária das Câmaras e “Cabildos” coloniais. O conceito de lei, nessa época, pouco ou nada tem a ver com o conceito de lei dentro da visão sistêmica do direito, para a qual a lei seria uma norma cogente aplicável inapelavelmente para todas as pessoas em todo o território, muito mais quando ela não é obedecida. Estava de posse de um documento que afirmava que o fato de a Câmara Municipal de São Paulo não ter aplicado a lei real que proibia a escravidão indígena não só não significava desobediência ou resistência, mas que devia ser entendido como um ato legítimo, de acordo com os costumes e, portanto, justo.

Os fatos e as circunstâncias do direito

Os outros dois textos são de dois juristas espanhóis de fins do XV e começo do XVI e permitirão entender melhor o que estou querendo dizer com a expressão “visão prudencialista” e a idéia de que é preciso recorrer a categorias diferentes do sentido comum e atual das noções de “lei”, “direito” e “justo”.

O primeiro deles é Jerónimo Castillo de Bobadilla (1546-1605) e a sua obra *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra*, escrita em 1597¹³. Formou-se em Cânones na Universidade de Salamanca, em 1568 e foi nomeado na mesma data delegado do Rei Felipe II na cidade de Badajoz. Foi também Corregedor em Sória e Guadalajara. Posteriormente, até a sua morte, foi Fiscal da Real Audiência de Valladolid.

O pensamento de Bobadilla segue a tradição medieval e aristotélica, considerando que, para estabelecer a justiça, não se poderia agir conforme à lei, ou melhor, conforme a uma lei fixa e igual para todos, sendo necessária uma lei que fosse diferente para as diferentes circunstâncias da realidade humana: “como todos os fatos dos homens não se podem medir por uma regra de ferro, que não se pode torcer, conforme dizem o Filósofo e Egidio Romano, e isto devido às circunstâncias, e pelas mudanças que há nos fatos, que são sem número e sem medida, por isso não podem ser regrados por uma lei reta e igual, que é como regra de ferro (...) convém que os negócios sejam regrados pela regra lesbiana, de chumbo, que se pode torcer e aplicar às circunstâncias das ações”¹⁴. Daí –deduzia Bobadilla- que as “circunstâncias” eram a chave para explicar e dirigir o processo de criação e aplicação do direito.

Qual é a categoria jurídica que é aqui considerada? A justa medida aristotélica. A “justa medida” não era aquela que fosse determinada por uma norma ou uma lei, mas uma relação proporcionada existente entre as coisas, os animais e os homens. Uma proporção que se encontraria na própria natureza e que caberia ao homem descobrir. Tratava-se da descoberta da “ocasião apropriada, com referência aos objetos apropriados, para com as pessoas apropriadas, pelo motivo e da maneira conveniente. Nisso consiste o meio termo e aí radica, precisamente, a virtude”¹⁵. A “justa medida” seria indefinível e não poderia ser conceituada. Ela era apenas isso: medida. A regra mais adequada para medir a medida justa, conforme Aristóteles, era a “regra de Lesbos”, um metro flexível que se adaptava perfeitamente às irregularidades das pedras da ilha¹⁶. A decisão justa só poderia ser captada por meio de uma decisão prudente,

¹³ A citação e as referências a este autor foram tiradas da obra de Víctor Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1993, p. 502.

¹⁴ *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra*, II, IV, 1, 2 e 3, apud TAU ANZOÁTEGUI, V., *op. cit.*, p. 502.

¹⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, II, 1106b, 15, Abril Cultural, São Paulo, 1984.

¹⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, V, 1137b, 30. *Esta é também a causa de que nem tudo seja regulado pela lei, porque sobre algumas coisas é impossível estabelecer uma lei, de maneira que é*

ponderando as diferentes fontes da justiça: a lei, os costumes e a opinião dos juristas, e não pela simples aplicação de uma lei única. Essa ponderação deveria levar em conta, principalmente, as circunstâncias dos fatos. É por isso que uma outra categoria jurídica que surge dentro da visão prudencialista é a circunstância.

O segundo autor é Francisco Bermúdez de Pedraza considerado por alguns estudiosos¹⁷ como um dos epígonos do “mos italicus”¹⁸. A sua obra *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia* interessa-nos pelo fato de descrever uma situação concreta, muito mais do que pelas críticas ou pelas sugestões que o autor realiza para alterar essa situação. De fato, Bermúdez era um jurista pragmático, que editou o seu livro na cidade universitária de Salamanca, sede do que poderíamos denominar berço do pensamento jurídico espanhol dos séculos XVI e XVII. Na sua opinião, embora fosse desejável realizar algum tipo de sistematização nos estudos do Direito, na prática, percebia que a própria natureza do Direito estava intrinsecamente vinculada aos fatos e os fatos eram mutáveis. Daí que qualquer sistematização se tornasse problemática¹⁹.

Tendo consciência da dificuldade de se entender a aparente contradição entre um direito que deveria ser imutável e uma série de fatos que são, de per si, mutáveis, sugere uma comparação que, na sua opinião, deverá esclarecer a perplexidade: “o ar, com relação a si mesmo, é de uma mesma qualidade, mas muda pela variedade das províncias, porque é mais temperado na França do que na Alemanha e na Espanha, porém, tudo é o mesmo ar, que não muda com relação à substância, e sim com relação aos acidentes”²⁰. Pouco antes, o Pe. José de Acosta, escrevera referindo-se aos indígenas americanos que “as coisas das Índias não permanecem muito tempo num mesmo ser, e cada dia mudam de estado”²¹, por isso era extremamente difícil, se não impossível, dar

necessário um decreto. Porque daquilo que é indefinido, também é indefinida a regra, e como a regra de chumbo usada nas construções de Lesbos, que não é rígida, mas se adapta à forma da pedra; assim também os decretos se adaptam aos casos.

¹⁷ TAU ANZOÁTEGUI, V., *op. cit.*, p. 262.

¹⁸ O “mos italicus” era o método usado pelos juristas medievais até o advento dos humanistas, que foram introduzindo o “mos gallicus”. A diferença que me interessa marcar aqui entre ambos métodos é que o *costume itálico*, na interpretação dos textos jurídicos, partia da realidade própria de cada região (*ius proprium*), analisando os casos a partir dos próprios costumes.

¹⁹ TAU ANZOÁTEGUI, V., *op. cit.*, p. 262.

²⁰ BERMÚDEZ DE PEDRAZA, Francisco, *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia nuevamente corregido y añadido en esta segunda edición*, Madrid, por Francisco Martínez, a costa de Domingo González, 1633, p. 19.

²¹ ACOSTA, José de, *De Procuranda indorum salute*, C.S.I.C., Madri, 1984, 2 vols, Proemio. Sobre essa questão, baseio-me no artigo de Anderson Roberti dos Reis, *Sobre a elevada arte de estabelecer a norma na América: José de Acosta e a reflexão ética a respeito da colonização*, Tempo Brasileiro, “Os significados do excesso”, abril-junho de 2007, 169, pp. 109-123.

normas fixas e duráveis, porque – o exemplo é do Pe. Acosta- a roupa adequada para a criança não é a mesma que se requer na juventude, e dessa forma era necessário prestar atenção às diferentes circunstâncias²².

Parece-me que esses três exemplos – a regra de Lesbos, o ar e a roupa (embora este último seja do P. José de Acosta)- são muito significativos quando tentamos entender a idéia de direito que perpassa pelos juristas espanhóis do século XVII. Há uma tradição aristotélico-tomista (que me parece evidente no texto de Bermúdez de Pedraza) quando, ao referir-se aos termos “mudança” ou “mutabilidade”, distingue entre uma mudança substancial e outra accidental²³. É precisamente essa distinção que lhe permite pensar que não existe nenhuma contradição pelo fato de que em diferentes lugares, cidades ou províncias do extenso Império espanhol possa haver diferentes direitos, já que, como o ar, sempre será o mesmo direito: “Não é variado e mutável o direito civil porque se observe diversamente numa província ou em outra”²⁴. Mais ainda, para Bermúdez, o natural do direito é precisamente que seja variado, diferente e mutável, porque “a variedade e a mudança é conforme ao direito natural”²⁵.

Parece-me, portanto, que Francisco Bermúdez de Pedraza não está se referindo a uma Razão natural hipostasiada, como faria mais tarde a Ilustração, nem sequer a uma Razão da Natureza, como se a natureza fosse uma inteligência *a se* capaz de legislar. Para o jurista espanhol, seguindo a tradição clássica romana²⁶, a jurisprudência é a arte de decidir sobre o que é justo numa relação ou conflito de interesses onde os motivos ou as razões de direito aparecem nos próprios fatos, por meio da percepção do jurista a partir das circunstâncias que concretizam os fatos.

Como o próprio Bermúdez indicara, por razão natural, poderia haver vários *direitos*, em vários lugares e dependendo das variadas circunstâncias, porém, todos seriam *direito*, assim como o ar, que muda conforme o lugar, continuando a ser o mesmo ar.

²² REIS, Anderson Roberti dos, *op. cit.*, pp. 109-112.

²³ Infelizmente, entrar aqui em considerações mais elaboradas sobre a metafísica aristotélico-tomista e sua recepção pela Segunda Escolástica espanhola, desviar-nos-ia muito do assunto, mas não quero deixar de registrar esse dado.

²⁴ BERMÚDEZ DE PEDRAZA, Francisco, *op. cit.*, p. 19.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Sobre este assunto pode consultar-se Michel Villey, *Compêndio de Filosofia do Direito*, Loyola, São Paulo, 2002.

Conclusão

Os resultados até aqui apontados são parciais e, de certa forma embrionários. Contudo, parece-me que há base suficiente (são quatro fontes documentais, 3 de juristas de renome e influência no fim do século XV, no começo do XVI e em meados do XVII, e um da Companhia de Jesus em meados do XVII) para afirmar que a análise historiográfica sobre o período colonial dos primeiros 250 anos da América deveria ser realizado a partir de uma visão não sistêmica da realidade política, jurídica e social e a partir de categorias diferentes daquelas já consagradas como centro/periferia, racionalidade/irracionalidade, obediência/resistência.

Penso que a perspectiva prudencialista ou probabilística marcou a colonização da América durante os séculos XV, XVI, XVII e metade do XVIII e que é decisiva à hora de analisar as relações de poder e as relações sociais não apenas entre a Espanha e a América, mas também dentro das diferentes sociedades e dos diferentes órgãos de poder na América, bem como à hora de tratar e nomear as “tensões”, “transgressões” e “resistências” por parte das diferentes comunidades americanas à hora de aplicar e tornar efetivo o ordenamento jurídico.

Parece-me que se aceitarmos as categorias de costume, circunstância, proporção, heterogeneidade e direito criado a partir dos fatos poderemos ter melhores condições para dar conta dos espaços de negociação, tensão e conflito na América dos séculos XV, XVI, XVII e XVIII. Um espaço que nos permitiria afirmar que as Câmaras e os “Cabildos” municipais eram agentes ativos, criadores do direito, na construção da sociedade colonial nas diferentes vilas e cidades.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, José de, *De Procuranda indorum salute*, C.S.I.C., Madri, 1984, 2 vols.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, Abril Cultural, São Paulo, 1984.

BERMÚDEZ DE PEDRAZA, Francisco, *Arte legal para estudiar la Jurisprudencia nuevamente corregido y añadido en esta segunda edición*, Madrid, por Francisco Martínez, a costa de Domingo González, 1633

LARA, Sílvia Hunold e MENDONÇA, Joseli Maria Nunes, “*Direitos e Justiça no Brasil*”, Editora Unicamp, Campinas, 2006.

LAYMAN, PAUL, *Theologia Moralis in quinque libros partita*, Editio Sexta, Joan Martius Schonwetteri, Bambergae, 1677.

MELLO E SOUZA, Laura de, *Desclassificados do ouro. A pobreza mineira no século XVIII*, Rio de Janeiro, Graal, 1982.

MELLO E SOUZA, Laura de, *O sol e a sombra. Política e administração na América portuguesa do século XVIII*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006

PRODI, Paolo, *Uma história da Justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

REIS, Anderson Roberti dos, *Sobre a elevada arte de estabelecer a norma na América: José de Acosta e a reflexão ética a respeito da colonização*, Tempo Brasileiro, “Os significados do excesso”, abril-junho de 2007, 169.

TAU ANZOÁTEGUI, Victor, *Casuísmo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

VILLEY, Michel, *Compêndio de Filosofia do Direito*, Loyola, São Paulo, 2002.